

Id Cendoj: 03014370042005100343
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 4
Nº de Recurso: 462/2005
Nº de Resolución: 368/2005
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA AMOR MARTINEZ ATIENZA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial de Alicante. Sección Cuarta. Rollo 462/2005.-

Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira.

Ilmo. Sr. D. Manuel B. Flórez Menéndez.

Ilma. Sra. D^a M^a Amor Martínez Atienza.

En la ciudad de Alicante, a dieciséis de Noviembre de dos mil cinco.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 368/2005.

En el recurso de apelación interpuesto por D^a Pilar , representada por la Procurador Sra. López Pastor y asistida por la letrado Sra. Martínez Asensi, contra resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante, habiendo sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a M^a Amor Martínez Atienza .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante, en los autos de juicio de modificación de medidas número 294/2005, se dictó, en fecha veintitrés de Mayo de dos mil cinco, resolución cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

" DECIDO estimar parcialmente la demanda interpuesta por D. Alberto contra Pilar , y en consecuencia modificar el espacio de relación del demandante con su hijo menor Lucas , estableciendo un sistema de visitas amplio y flexible entre padre e hijo de tres fines de semana al mes y de viernes por la tarde, a la salida del colegio, a lunes por la mañana cuando restituirá al menor al centro escolar; manteniendo las demás medidas establecidas entre los litigantes y aprobadas judicialmente, sin que proceda imponer la costas procesales a los litigantes...".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la parte demandada, habiéndose tramitado el mismo por escrito en el Juzgado de procedencia, en la forma introducida en los *arts. 457 y ss de la LEC* , elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación nº 462/2005, señalándose para votación y fallo el pasado día quince de Noviembre de dos mil cinco.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la parte apelante se verificó impugnación de la resolución de instancia por apreciar la

no concurrencia de circunstancias que avalaran la modificación de medidas acordada por el Juzgador quo, y ello en base a las consideraciones que estimó oportunas, a las que se aludirá en el fundamento jurídico siguiente, interesando, en virtud de las mismas, la revocación de la resolución de instancia y el otorgamiento de nueva resolución por la que se desestimara íntegramente la demanda.

Por la parte demandante/apelada se verificó oposición al recurso deducido de contrario, interesando la desestimación del mismo confirmando la resolución impugnada.

Con carácter previo al análisis del recurso deducido por la parte demandada, conviene reseñar que por la parte demandante, con ocasión del traslado del recurso deducido de contrario, introdujo en el suplico petición relativa a la confirmación de la resolución de instancia (que integra pronunciamiento ajeno a la imposición de costas de primera instancia a cualesquiera de los litigantes) todo ello " con condena en costas a la contraparte respecto de las de primera instancia"; pues bien, de no tratarse de error de la parte en la contradicción que evidencia el suplico de su oposición al recurso deducido de contrario entendiéndose que la referencia al pronunciamiento sobre condena en costas lo es en relación a la segunda instancia, nos encontraríamos ante la inexistencia de impugnación en forma de la resolución de instancia, ni siquiera anunciada o desarrollada en el contenido de su escrito, aquietándose la parte apelada a la tramitación del mismo como mera oposición al recurso deducido de contrario, lo que obstaría a su válido análisis, por más que el pronunciamiento sobre costas en primera instancia resultaría adecuado a las circunstancias evidenciadas en esa fase procesal en lo que integró desestimación de pretensión principal de la demanda relativa a modificación del régimen de custodia.

SEGUNDO.- Centra su recurso la parte demandada, en esencia, en la inexistencia, a su juicio, de modificación sustancial de circunstancias que justifiquen el cambio de régimen de visitas, considerando insuficiente a tal fin la voluntad del menor de sus hijos de pasar a vivir con su padre, y ello al margen de entender que la medida citada tiende a premiar previos incumplimientos de sus obligaciones, como diligente padre de familia, por el demandante en función de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos previos suscitados entre los litigantes, fundamentalmente en el no favorecimiento de las relaciones entre la demandada y su hija, al margen de cambio del colegio de la misma que se dice no fue consensuado entre los progenitores no obstante la patria potestad compartida.

El presente proceso de modificación de medidas se vio precedido por otros procedimientos matrimoniales entre los litigantes con la cadencia siguiente:

- Proceso de separación, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Alicante en el que recayó sentencia en fecha 24-3-2003 , aprobando convenio regulador suscrito entre los cónyuges litigantes ; convenio en el que, aún difiriendo el momento en el que la hija menor común de los litigantes pasaría a residir con su madre (fijado el 20-6-2003), se recepcionaba entre otros particulares -y al margen de referencia a la patria potestad conjunta de ambos litigantes en relación a sus dos hijos menores de edad- el conferimiento de la guarda y custodia de estos últimos a la madre (ahora demandada/apelante), fijándose como régimen de visitas en favor del progenitor no custodio el de fines de semana alternos desde las 6 de la tarde del viernes a las 20,00 horas del domingo, así como mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares, pudiendo el padre visitar y tener consigo a sus hijos todos los martes y jueves desde las seis a las nueve treinta horas de la tarde.

- Ante el mismo Juzgado de Primera Instancia número Diez de Alicante se tramitó proceso de modificación de medidas con el número 780/2003, en el que recayó resolución, en fecha 21 de Noviembre de 2003, por la que se modificaba el régimen de guarda y custodia de la hija menor María Rosario , otorgando dicha guarda y custodia al padre, motivando dicho pronunciamiento no sólo modificación del régimen, cuantía y sistema de prestación de la pensión de alimentos, sino asimismo del régimen de comunicación y visitas en favor del progenitor no custodio, fijándose en favor del mismo un régimen de fines de semana alternos desde las 18,00 horas del viernes a las 20,00 horas del domingo, debiendo coincidir en el mismo domicilio los dos hijos menores comunes del matrimonio, además de los siguientes periodos vacacionales : Vacaciones de verano.- Los años pares desde el 1 al 31 de julio ambos menores estarán con el padre y desde el 1 hasta el 31 de Agosto con la madre, y los años impares al contrario; Navidad.- Años pares, del 24 al 30 de Diciembre con la madre; del 1 de diciembre al 6 de enero con el padre, y los años impares al contrario; Semana Santa.-Años pares : de Miércoles Santo a Lunes de pascua con la madre, de martes de Pascua hasta el Domingo siguiente con el padre, y los años impares al contrario.

En el curso del referido proceso de modificación de medidas se elaboró informe psicológico por el equipo adscrito al Juzgado, que incidió sobre los progenitores e hijos.

- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante se tramitó proceso de divorcio número 577/2004 entre los litigantes, recayendo sentencia en fecha 19 de Julio de dos mil cuatro , en la que se verificó ratificación de las medidas contenidas en el auto de modificación de medidas dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante en fecha 21-11-2003, autos 780/2003 .

- En febrero de dos mil cinco, por la ahora demandada-apelante se presentó demanda de ejecución de auto de 21-11-2003, autos 780/003 del Juzgado de Primera Instancia número Diez de Alicante , que fue admitida a trámite, a instancia de parte, a los efectos de requerimiento al ahora demandante/apelado a fin de abstenerse de realizar actos unilaterales que afectaran a la patria potestad y a los fines de cumplimiento del régimen de visitas; proceso de ejecución forzosa que fue archivado por auto de fecha 12-5-2005 , y ello en la constatación de la existencia del previo proceso de divorcio ante Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante, a quien competía la ejecución de medidas acordadas en el seno del mismo.

- En fecha 23-2-2005 se interpuso por el ahora apelado demanda relativa a la modificación de medidas acordadas en previo proceso de divorcio; proceso de modificación de medidas tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante con el número 294/2005, del que dimana el presente Rollo. Proceso en el curso del cual se practicó nuevo informe psicológico por profesional adscrito a los Juzgados de familia

Pues bien, puesto de manifiesto todo lo anterior, debe reseñarse lo siguiente:

a) Ciertamente constituye una circunstancia no discutida la existencia de una relación de abierto enfrentamiento entre la ahora apelante y su hija menor María Rosario (nacida el 3-1-1989) que ha determinado que no obstante lo dispuesto en el auto de fecha 21-11-2003 recaído en autos 780/2003 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Alicante , ratificado en cuanto las medidas que recepciona en sentencia de fecha 19-7-2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante en proceso de divorcio número 577/2004 , hayan existido escasos contactos puntuales entre madre e hija extremadamente conflictivos, habiéndose producido una situación de abierto rechazo por la menor a los efectos de comunicar y/o estar en compañía de su madre. Es también cierto que por la perito se afirmó que el entorno paterno no aparecía como favorecedor del contacto entre madre e hija, así como la posible existencia de determinados indicios- no valorados en profundidad, por no ser objeto del estudio efectuado- de posible síndrome de **alienación parental** en la menor (quien cuenta ya con 16 años), pero ello no determina, necesariamente, la existencia de una única causa que explique la situación a la que se ha llegado - con incidencia a su vez en el menor- en las relaciones entre madre e hija, por cuanto la génesis del citado conflicto no necesariamente obedece a una única causa, siendo evidente que la referida situación de conflicto madre-hija, evidenciada en el proceso de modificación de medidas de 2003, no se ha superado (pudiendo haberse incluso reforzado), resultando llamativo que, no obstante la inexistencia de una cumplimentación en tiempo y forma del régimen de comunicación y visitas madre-hija que se asume por los litigantes como muy prolongado en el tiempo, no se produjera denuncia por la madre - a los efectos de instrumentalizar, de ser posible, sistema de cumplimiento- hasta inicios del año 2005 en el que instrumentalizó la demanda de ejecución de medidas, coadyuvando a la continuidad en el tiempo de situación susceptible de incidir, aún indirectamente, en la situación del hijo menor, ante la existencia de indicios en el mismo que evidencian, a juicio de la perito, una posible inadaptación a la ruptura entre los padres, y la situación de conflicto entre los progenitores, entre su hermana y su madre, etc.

Se denuncia que por el padre, de forma unilateral, se procedió a cambiar a su hija de colegio en el curso 2004-2005; pues bien, aún cuando ello fuera cierto, y hubiera podido determinar un menor contacto entre los hijos de los litigantes -en la posibilidad de esporádico encuentro en el mismo centro escolar-, ello no constituiría el único dato a valorar, sino uno más de los incidentes a los efectos de configuración de la situación actual.

b) Es cierto que, aún no siendo determinante la voluntad de los menores, la misma constituye dato adicional a valorar desde la perspectiva del principio de favor filii.

En el caso que nos ocupa, y en lo que constituye una modificación de la situación contemplada en el previo informe psicológico elaborado en Noviembre de 2003, el hijo menor Lucas (nacido el 6-10-1994) manifestó su voluntad de pasar a convivir con su padre y, si bien persiste situación afecta a sentimientos de tristeza en su adaptación personal, se adiciona en la actualidad cierto sentimiento de apatía en el juego, molestias psicósomáticas, zozobra subjetiva que en ocasiones expresa con irritabilidad, y sentimiento de soledad, existiendo un mejor acercamiento al entorno familiar paterno, pudiendo evidenciar dicha sintomatología una problemática emocional que pudiera tener relación con la inadaptación a la ruptura entre los progenitores y la situación de conflicto entre estos, entre su hermana y su madre, etc.

Así pues, partiendo de una situación de hecho generada en el marco de condicionamientos expresados en el apartado a), a la que no son completamente ajenos los progenitores en sus relaciones entre sí y en lo que afecta a la instrumentalización de medios adecuados de reconducción de las relaciones entre madre e hija, el Juzgador a quo, valorando la pericial practicada, optó, en contradicción con la voluntad del menor Lucas, por no alterar el régimen de guarda y custodia materno, por considerar el mismo más adecuado en el contexto de la distinta valoración de los estilos educativos de los progenitores (por más que, en su caso, asumió que uno de los posibles factores del régimen más permisivo del paterno pudiera, como hipótesis, venir vinculado con su manifestación durante contactos en momentos de ocio asociados al régimen de comunicación y visitas); pero ello no permite obviar la situación emocional evidenciada en el menor en función, entre otros factores posibles, de la situación de hecho aludida al inicio del presente párrafo; situación que determinó, en su valoración, el acogimiento por el Juzgador a quo de la recomendación realizada por la perito judicial del establecimiento de " un sistema de visitas amplio y flexible entre padre e hijo, que podría ser de tres fines de semana al mes, y de viernes a lunes...".

Por la perito se manifestó que el régimen en su día recomendado en informe de noviembre de 2003 sería, en hipótesis, el más beneficioso, pero en su nuevo informe parte de presupuestos no materializados en la práctica en el marco de las complejas relaciones inter partes (progenitores entre sí, y, fundamentalmente, de la apelante y su hija), que justifican la nueva recomendación de la perito.

Debe indicarse que lo que el Juzgador a quo tomó en consideración fue informe pericial no desvirtuado sobre situación actualizada del hijo menor de los litigantes (a los fines de dar una solución concreta a problemática concreta del menor), y recomendaciones sobre régimen de guarda y custodia, así como de comunicación y visitas del progenitor no custodio con el mismo; sin que, en los condicionamientos expuestos, se haya evidenciado error por el Juzgador a quo en la apreciación de circunstancia susceptible de avalar la modificación acordada por el mismo en base a informe pericial que, más allá de las precisiones introducidas, no determinó modificación final en sus recomendaciones por la perito. Es cierto que el sistema estructurado limita el espacio de ocio compartido entre madre e hijo, pero no elimina el mismo como circunstancia que obste a la adecuación a las especiales circunstancias evidenciadas del sistema establecido.

c) Por último reseñar que, en relación a la posición del Ministerio Fiscal a la que alude la parte apelante, es lo cierto que si bien, en su informe inicial, se mostró contrario a la apreciación de la existencia de variación sustancial que aconsejara cambio de guarda y custodia (no pronunciándose expresamente sobre petición subsidiaria introducida por la parte demandante/apelada), también lo es que, dictada la resolución que se analiza en la presente por el Juzgador a quo, por el Ministerio Fiscal no se verificó, en interés del menor, la impugnación de la misma, asumiendo implícitamente su conformidad.

Es en base a lo expuesto que procede la desestimación del recurso deducido por la parte apelante.

TERCERO.- En materia de costas se estará a lo dispuesto en el *art. 398 de la LEC* .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. López Pastor, en nombre y representación de D^a Pilar - asistida por la letrado Sra. Martínez Asensi-, contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Alicante, con fecha veintitrés de Mayo de dos mil cinco, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia asociadas a la desestimación de su recurso.

Notifíquese a las partes conforme determina el *art. 248 LOPJ* y, con testimonio de la misma, dejando otro en el rollo, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.